

La Consulta: “es una obligación del Estado; y un derecho colectivo de los Pueblos Indígenas de rango constitucional”¹.

La Consulta es un derecho humano constitucional específico de los Pueblos Indígenas, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de cuyo ejercicio, depende la vigencia y el disfrute de otros derechos reconocidos a los Pueblos Indígenas en el derecho nacional e internacional de los derechos humanos.

A continuación encontrarán un resumen de las consideraciones relevantes de la Corte de Constitucionalidad respecto a la obligación del Estado de consultar a los pueblos Indígenas, previo a la autorización de licencias mineras e hidroeléctricas, leyes, reglamentos y políticas públicas en territorios de los Pueblos: Maya, Garífuna y Xinca.

Tribunal: Corte de Constitucionalidad: Guatemala, 21 de diciembre de 2009.

Expediente: 3878-207

Caso: La Consulta comunitaria en el Municipio de San Juan Sacatepéquez, Departamento de Guatemala

Resumen de los hechos: Se trata de una acción constitucional de Amparo presentado el 4 de mayo de 2007, en el Centro de Servicios Auxiliares de la Administración de la Justicia por autoridades y líderes de las comunidades Maya Kaqchikeles del Municipio de San Juan Sacatepéquez, Departamento de Guatemala en contra del Acuerdo Municipal contenido en el punto segundo del Acta número 001-2007 emitido por el Concejo Municipal de San Juan Sacatepéquez, del departamento de Guatemala, en sesión pública extraordinaria celebrada el 27 de abril de 2007, por el que de oficio, revocó el acuerdo municipal contenido en el punto tercero del Acta número 14-2007, que dictara en sesión pública ordinaria celebrada el 2 de abril de 2007, por el que se convocaba a los vecinos de las comunidades Maya Kaqchikeles de dicho municipio a participar en la consulta comunitaria a realizarse el 13 de mayo de 2007, relacionada a la autorización de una licencia de exploración y explotación minera concedida a Cementos Progreso, Sociedad Anónima, en la finca San José Ocaña del Municipio de San Juan Sacatepéquez del departamento de Guatemala.

¹ Udiel Gonzalo Miranda Feliciano, Comisión Pastoral Paz y Ecología –COPAE- Pastoral Social de la Diócesis de San Marcos.

Consideraciones relevantes de la Corte de Constitucionalidad:

Generalmente las instituciones del Estado, las empresas mineras e hidroeléctricas y en general los que creen que la explotación irracional de nuestro patrimonio natural es sinónimo de desarrollo para todos y todas, cuestionan los efectos jurídicos y políticos de las consultas realizadas en los municipios Mayas en Guatemala. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha respondido de la siguiente manera dichas preguntas.

1. La consulta no está en la constitución tampoco en la ley de minería, por lo tanto no hay obligación de consultar a las comunidades o pueblos indígenas. ¿Es constitucional el derecho de consulta?

“... el consentimiento y/o la ratificación de lo dispuesto en los documentos multilaterales... supone para el Estado de Guatemala, en síntesis, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna; (ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable- a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país”. (Pág. 12).

La Corte de Constitucionalidad en su sentencia objeto del presente resumen, reafirma contundentemente que la consulta y todos los demás derechos regulados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tienen igual jerarquía constitucional, es decir, pasan a formar parte del listado de los derechos humanos regulados en los artículos del 1º. al 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala, doctrinariamente llamada parte Dogmática. Por lo tanto, todas las licencias de reconocimiento, exploración y explotación minera y las licencias de hidroeléctricas otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas sin consulta, son ilegales y arbitrarias por violar el derecho constitucional de consulta y consecuentemente todos los demás derechos colectivos e individuales reconocidos en la constitución política de la república y los convenios internacionales ratificados por Guatemala en materia de Derechos Humanos.

El tercer párrafo del artículo 44 de la Constitución Política de la República lo reza con tanta claridad de la siguiente manera: “... Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”.

Por eso los municipios Mayas articulados en el Consejo de los Pueblos de Occidente, ante el incumplimiento por el Estado a realizar la consulta previa y de buena fe, hemos ejercido nuestro derecho constitucional de consulta como titulares de ese derecho. Además porque no estamos obligados a aceptar licencias mineras y licencias hidroeléctricas por ser ilegales y arbitrarias. Cabe resaltar que la resistencia pacífica ante la actitud racista, colonial y nada democrática del Estado es legal y justa. La Constitución Política de la República al respecto establece: “...Es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución.”²

2. ¿Qué es la consulta según la Corte de Constitucionalidad?

“...El derecho de consulta de las poblaciones indígenas es, en esencia, un derecho fundamental de carácter colectivo, por el que el Estado está obligado a instaurar procedimientos de buena fe destinados a recoger el parecer libre e informado de dichas comunidades, cuando se avizoren acciones gubernamentales, ya sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, a fin de establecer los acuerdos o medidas que sean meritorios..., el derecho de consulta de las poblaciones indígenas opera como una extensión o primera línea de defensa de otros derechos fundamentales, tales como el de propiedad, a la cultura, a la salud, libertad de culto, etc. Según sea la gravedad y/o matices particulares de cada situación.” (Pág. 18).

3. ¿Por qué el Estado está obligado a consultar de buena fe y previa a la autorización de cualquier tipo de licencias mineras e hidroeléctricas?

“...debe entenderse que las consultas a que se refiere el artículo 6, numeral 1, del Convenio, no sólo tienden a exteriorizar un sentimiento acerca de asuntos de importancia comunal, sino también, con el objeto de lograr acuerdos o alcanzar consensos acerca de las medidas propuestas...”(Pág. 19).

“En lo que concierne específicamente a su despliegue en el contexto de los proyectos de exploración y explotación mineras, cabe agregar que se encuentra ligado de manera significativa con el entendimiento del papel de la tierra de origen en la cosmovisión indígena, el cual ha sido anotado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros...”(Pág. 19).

4. ¿Obligación del gobierno nacional o municipal de consultar antes de la autorización de las licencias de reconocimiento, exploración y explotación minera y licencias hidroeléctricas en territorios indígenas?

² Artículo 45 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La Corte de Constitucionalidad sentenció de la manera siguiente:

“Procede el otorgamiento de la protección constitucional de amparo cuando una autoridad municipal se resiste a llevar a cabo las acciones necesarias, dentro de su esfera de atribuciones legalmente previstas, para atender adecuadamente el reclamo formulado por poblaciones indígenas radicadas en su circunscripción, de que le sea respetado el derecho de consulta que les asiste en relación a proyectos de exploración y/o explotación minera que estén desarrollándose en las cercanías de su morada, reconocido a nivel nacional e internacional”. (Pág. 9).

“...El Ministerio de Energía y Minas aseveró que no ha concedido audiencia a los vecinos y propietarios de los inmuebles correspondientes dentro del trámite de licencias de exploración, explotación en el municipio en cuestión, por no regularlo así la Ley de Minería, resulta pertinente empezar por elaborar una semblanza de los instrumentos que contienen el asidero normativo vigente del derecho de consulta que asiste a las poblaciones indígenas sobre medidas estatales susceptibles de acusarles afectación, en el caso de Guatemala:

- a. *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes – ratificado por Guatemala en mil novecientos noventa y seis - , en cuyo artículo 6 numeral 1 está dispuesto: “Al aplicar las disposiciones del presente convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...” y en el numeral 2 del mismo artículo: “las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberá efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a la circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas...”. Posteriormente, en el artículo 15, numeral 2 figura establecido, en lo que concierne puntualmente al supuesto de la explotación minera: “en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales de los recursos del subsuelo o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados...”. Vale destacar que la propia comisión de expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT a enfatizado la importancia que revisten esos preceptos y el derecho inmerso en ellos dentro del conjunto total de dicho instrumento internacional, al afirmar que el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del convenio, en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo (observaciones individuales dirigidas a Dinamarca y Paraguay dentro del Informe General rendido en el seno de la nonagésimo primer reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en dos mil tres) en sintonía con esa idea, está corte*

ha señalado que tal convenio, considerado en su integridad propicia la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo indígena y reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala (opinión consultiva de veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y cinco, dictada en el expediente 199 – 95).

- b. *Convención americana sobre Derechos Humanos -ratificada por Guatemala en mil novecientos setenta y ocho-, en cuyo artículo 21, numerales 1 y 2, se encuentra establecido: “Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley...”, disposición que ha adquirido significación dentro del desarrollo normativo del derecho de consulta, a raíz de la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido respecto a ella en sus pronunciamientos, incluso respecto a Estados que no son parte en el convenio 169 de la OIT, verbigracia, con ocasión del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, afirmó que dentro de las garantías en contra de restricciones al derecho a la propiedad que denieguen la subsistencia deben entenderse incluidos el derecho a ser consultado y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento.*
- c. *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial - ratificada por Guatemala en mil novecientos ochenta y tres-, a la que en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se le reconoce relevancia respecto al aludido derecho de consulta en atención al establecido en la Recomendación General número veintitrés emitida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU el dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y siete, relativa a la situación de las poblaciones indígenas en cuyo numeral cuatro se encuentra enunciado: “El Comité exhorta en particular a los Estados partes a que: (...) d) garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado...”.*
- d. *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas –aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con el voto favorable de Guatemala, el trece de septiembre de dos mil siete, en el marco del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígena del Mundo-, en cuyo artículo treinta y dos, numerales 2 y 3, se estableció: “...2. Los*

Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”, directriz que refrenda y actualiza el pensamiento recogido en el convenio 169 de la OIT, con el valor agregado de poner de relieve su universalidad y el involucramiento institucional de los Estados con la causa, así como de reconocerle un espacio propio dentro del Sistema Internacional de Derechos Humanos, en consonancia con las motivaciones que figuran al inicio de la referida Declaración: “La Asamblea General (...) reconociendo también la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados (...) asuntos de preocupación, interés, responsabilidad y carácter internacional (...) Alentando a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los Pueblos Indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados (...) estimando que la presente declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del Sistema de Naciones Unidas en esta esfera...)

- e. *En el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas –suscrito en México el treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y cinco, y elevado a rango de compromiso de Estado por el Congreso de la República mediante la Ley Marco de los Acuerdos de Paz (Decreto 52 – 2005 de ese organismo)-, se incluye el tópico dentro del capítulo IV dedicado a los Derechos Civiles, Políticos Sociales y Económicos en la literal D (participación a todos los niveles).*
- f. *En el artículo 26 de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural (Decreto 11 – 2002 del Congreso de la República) se hace referencia explícita a las consultas a los pueblos indígenas (“Consultas a los pueblos indígenas. En tanto se emite la ley que regule la consulta a los pueblos indígenas, las consultas a los pueblos maya, xinca y garífuna sobre medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente a estos pueblos, podrán hacerse por conducto de sus representantes en los consejos de desarrollo.”) y alcanza a*

sugerirse un modelo de representación –aspecto llamado a desempeñar un papel vital en la institucionalización del derecho de consulta, como se revelará posteriormente-. Sin embargo, es notorio que no constituye un tratamiento normativo concluyente e integral de la materia; el propio legislador es claro en indicar que se trata de una previsión transitoria, reconociendo la necesidad –aún vigente- de que fuera creado un cuerpo legal privativamente destinado a desarrollar cómo debe hacerse efectivo el derecho cuyo contorno esencial ha sido definido en los instrumentos identificados en las literales anteriores.

- g. *En el Código Municipal (Decreto 12-2002 del Congreso de la República), figuran previstos procedimientos consultivos que a priori podrían estimarse adecuados para encausar el mencionado derecho –existen antecedentes de varias comunidades del país que, en situaciones de hecho semejantes a la que se analiza en el presente fallo, han hecho acopio de los mismos- ...” (Págs. 10 a 13).*

5. Consecuencias jurídicas del derecho de consulta?

“...primero, que es imperativo para los Estados partes del Convenio 169 de la OIT, observar la eficacia del derecho de consulta que asiste a las poblaciones indígenas en sus linderos nacionales, con las implicaciones que ello impone...; y segundo, que éste no equivale a una prerrogativa de veto sobre las acciones realizadas dentro de la esfera legal de atribuciones que compete a los organismos gubernamentales – incluidos aquellos responsables de la autorización y supervisión de los proyectos de exploración y explotación mineras-“ (Pág. 27).

“En conclusión, la significación del concepto vinculatoriedad en relación al derecho de consulta de las poblaciones indígenas frente a los proyectos de explotación y exploración mineras, se resume en la siguiente secuencia: (i) el reconocimiento del derecho vincula al Estado en cuanto a su normativización interna y verificación; (ii) los acuerdos, concertados por vía de diálogo, a los que se arribe como resultado de los mecanismos que se instauren para encausar el derecho, comprometen a las partes involucradas; (iii) si no se arriba a acuerdos, el disenso de las poblaciones indígenas no vincula a los entes gubernamentales responsables de los referidos proyectos; y (iv) en todo caso, el gobierno central se encuentra vinculado al deber esencial de garantizar la eficacia del núcleo de derechos fundamentales de las poblaciones afectadas.” (Pág. 29).

6. Características de la Consulta:

a) La consulta debe realizarse con carácter previo.

Esto significa que los pueblos indígenas deberán ser consultados antes de que se autoricen las licencias de reconocimiento, exploración y explotación minera, o hidroeléctricas.

b) La consulta no se agota con la mera información.

“Una reunión de simple información no puede considerarse una consulta válida de conformidad con lo dispuesto en el convenio, sino que debe tratarse de un diálogo genuino entre ambas partes signadas por comunicación y entendimiento, respeto y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”.

c) La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.

“El cumplimiento por los Estados de la consulta en buena fe responde a la exigencia de cumplir con el fin último de dicha obligación; en ese sentido, los órganos de control de la OIT han subrayado en múltiples ocasiones que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, con el objetivo de establecer un diálogo entre las partes basados en principios de confianza y respeto mutuos, con miras a alcanzar un consenso: el establecimiento de mecanismos eficaces de consulta y participación contribuyen a prevenir y resolver conflictos mediante el diálogo, y disminuyen las tensiones sociales, es consustancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua”

d) La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.

e) La consulta debe ser sistemática y transparente. (Págs. 20 a 23).

CONCLUSIONES:

1. Los derechos humanos regulados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y otros convenios internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Guatemala, son de rango o jerarquía constitucional. Además constituyen bloque de constitucionalidad.

2. El Derecho constitucional de consulta de los Pueblos: Maya, Garífuna y Xinca, es una obligación del Estado su cumplimiento.
3. Todas las Licencias de reconocimiento, exploración y explotación minera y las licencias hidroeléctricas autorizadas actualmente en territorios de los Pueblos: Maya, Xinca y Garífuna, son ilegales y arbitrarias por violación del derecho constitucional de Consulta previa y de buena fe.
4. Ningún funcionario o autoridad municipal o nacional debe argumentar la falta de reglamentación o legislación interna para no realizar la consulta previa y de buena fe.
5. El incumplimiento del derecho constitucional de consulta por el gobierno central o municipal, implica violación a la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que el acto administrativo que autorice licencias son nulos de pleno derecho.
6. Responsabilidad Internacional del Estado ante la violación del derecho constitucional de Consulta previa y de buena fe.
7. Reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación de consultar a los Pueblos: Maya, Garífuna y Xinca previo al otorgamiento de las licencias de reconocimiento, exploración y explotación minera, licencias para la construcción de hidroeléctricas en sus territorios y la aprobación de leyes, reglamentos y acuerdos que afecten de manera directa o indirectamente.
8. Es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías regulados en la Constitución, ante la violación sistemática por omisión por parte del Estado.
9. Todas las consultas realizadas por las comunidades de los Pueblos Maya, Garífuna y Xinca en Guatemala, constituyen el ejercicio verdadero de un derecho Constitucional, con ello el fortalecimiento de la democracia participativa y la consolidación del Estado constitucional de Derecho.
10. Una nueva ley de minería, reformas a la ya existente o una Ley ordinaria de consultas, debe ser consultada previamente.